



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana¹

Surrogacy: an opportunity to rethink the filiation and human reproduction

La gestació per substitució: una oportunitat per repensar la filiació i la reproducció humana

NOELIA IGAREDA*

* Noelia Igareda. Profesora de Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona. E-mail: noelia.igareda@uab.cat.

¹ El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto GESSUS "Gestación por sustitución" financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad (DER2015-74308-JIN) (2016-2019).

Copyright (c) 2018 Noelia Igareda



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

La gestación por sustitución no está admitida en el ordenamiento jurídico español, pero sí la modalidad altruista en otros países europeos. En este artículo se discuten los argumentos que se utilizan para dudar de su carácter altruista, así como las preocupaciones en torno a la dignidad de la gestante y del bebé, que tienen más que ver con la repulsa moral que ocasiona la creencia en el instinto maternal y la teoría del apego con vínculo genético o biológico. Se defiende la admisión de la gestación por sustitución como una nueva forma de filiación a través de un acuerdo reproductivo de carácter colaborativo, donde prime la voluntad procreacional, creando un instrumento jurídico que de seguridad a las partes implicadas y garantice sus derechos fundamentales.

Palabras clave: gestación por sustitución; altruismo; filiación; acuerdo reproductivo colaborativo; turismo reproductivo.

Abstract

Surrogacy is not admitted in Spain, even though altruistic surrogacy is allowed in other European countries. This article approaches some arguments used to put under question its altruistic character, as well as the concerns about the dignity of the surrogate and the baby. These concerns have more to do with the moral repulse caused by the belief in the maternal instinct and the theory of bond with a genetic or biological link. The article proposes the admission of surrogacy as a new form of filiation through a collaborative reproductive agreement, where the procreational will prevails, creating a legal instrument that provides security to the parties involved and guarantees their fundamental rights.

Keywords: surrogacy; altruism; filiation; reproductive collaborative agreement; reproductive tourism.

Resum

La gestació per substitució no està admesa en l'ordenament jurídic espanyol, però sí la modalitat altruista en altres països europeus. En aquest article es discuteixen els arguments que s'utilitzen per dubtar del seu caràcter altruista, així com les preocupacions a l'entorn de la dignitat de la gestant i del bebè, que tenen més a veure amb el rebuig moral que ocasiona la creença en l'instint maternal i la teoria del lligam afectiu quan hi ha vincles genètics o biològics. Es defensa l'acceptació de la gestació per substitució com una nova forma de filiació a través d'un acord reproductiu de caràcter col·laboratiu, on prevalgui la voluntat procreativa, creant un instrument jurídic que doni seguretat a les parts implicades i garanteixi els drets fonamentals.

Paraules clau: gestació per substitució; altruisme; filiació; acord reproductiu col·laboratiu; turisme reproductiu.

1. Estado de la cuestión

La gestación por sustitución¹ hace referencia al acuerdo (oneroso o altruista)² por el que una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona u otra pareja. La gestación por sustitución no está admitida en el ordenamiento jurídico español, aunque existe una propuesta de ley para ser debatida en el Congreso de los Diputados que plantea admitir su modalidad altruista³.

Las razones por las que este tema ha saltado a la agenda política son diversas, pero una de las principales es el turismo reproductivo⁴, fenómeno en el que nacionales de un país viajan a otros para poder acceder a técnicas de reproducción humana asistida que en sus países de origen están prohibidas, como es el caso de la gestación por sustitución. El fenómeno del turismo reproductivo también existe en aquellos países en los que la gestación por sustitución está permitida, pero se debe a la falta de seguridad jurídica de sus regulaciones, a los aspectos excluyentes de su normativa, y a la falta de transparencia y conocimiento sobre su regulación⁵.

España constituye uno de los principales países de destino para el turismo reproductivo en Europa, debido a una combinación de factores como son la existencia de una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida permisiva, una sanidad privada excelente y por constituir un destino turístico conocido y amable para una parte importante de europeos (Fundación EOI, 2013). Pero también somos uno de los países de origen del turismo reproductivo en gestación por sustitución, ya que un número importante y creciente de ciudadanos españoles viajan a otros países (fundamentalmente a Estados Unidos) para acceder a la gestación por sustitución. Debido a la escasez de niños/as susceptibles de ser adoptados en España, junto con las dificultades de la adopción internacional, prácticamente cerrada para las parejas del mismo

¹ Existen diversas denominaciones para la gestación por sustitución: maternidad subrogada, gestación por subrogación, maternidad por subrogación, vientres de alquiler, etc. (Lamm, 2012, 2013). En este artículo se adopta la denominación de gestación por sustitución, tal y como hace la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida.

² En este artículo tan solo se analizará la forma altruista, que es la única admitida en países europeos.

³ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 Abril 2017, publicada en el BOCG el 8 de septiembre de 2017.

⁴ La denominación de turismo reproductivo ha sido en ocasiones criticada por el carácter peyorativo que puede tener (Pennings et al. 2008, entre otros), y se prefiere hablar de salud reproductiva transnacional. Pero a los efectos de este artículo, se mantiene la denominación de turismo reproductivo porque es el término más común y utilizado, incluso en informes de Administraciones públicas (ver por ejemplo, Fundación EOI, 2013).

⁵ Estas son por ejemplo las razones identificadas de porqué en el Reino Unido, aun estando admitida la gestación por sustitución altruista, hay todavía un porcentaje de parejas que acuden al extranjero para acceder a la gestación por sustitución (Horsey, 2015; Horsey y Neofytou, 2015; Horsey, 2016).

sexo, la gestación por sustitución resulta ser la única oportunidad para muchas personas de tener un hijo/a propio.

El objetivo de este artículo es mostrar que a pesar de la diversidad legal en torno a la gestación por sustitución en Europa y los diferentes contextos sociales y culturales, existen argumentos comunes para legitimar y admitir la gestación por sustitución. También la gestación por sustitución comparte críticas y potenciales problemas. Estas similitudes evidencian que, a pesar de que el debate suele tener lugar en cada ordenamiento jurídico bajo patrones legales y éticos concretos, los problemas legales y las controversias éticas son muy similares⁶. Por ello, se concluye, que lo más acertado es una regulación de la gestación por sustitución de carácter altruista, que aporte seguridad jurídica a las partes implicadas, preserve ante todo el interés superior del menor, y permita el reconocimiento de este acuerdo reproductivo de carácter colaborativo como una nueva forma de filiación.

La gestación por sustitución de carácter altruista está admitida hoy en día en el Reino Unido⁷, Grecia⁸ y Portugal⁹. Está tolerada en Bélgica y Holanda¹⁰, y expresamente prohibida en Francia¹¹ y Alemania. En España¹², todo contrato de gestación por sustitución se declara nulo.

⁶ El presente artículo se centrará en los problemas legales que se esgrimen a la propia regulación de la gestación por sustitución, no a los problemas concretos que cada ordenamiento jurídico puede tener una vez que se ha producido el nacimiento. De todas formas, todos estos potenciales problemas también se utilizan como argumentos en contra, o se subraya que deben ser cuestiones a tener en cuenta a priori en una eventual regulación.

⁷ Surrogacy Arrangements Act de 1985.

⁸ Law 3089/2002 on Medically Assisted Human Reproduction.

⁹ Lei n.º 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

¹⁰ En estos dos últimos casos, los tribunales encuentran la solución utilizando el interés supremo del menor, unas veces reconociendo la filiación biológica paterna y la adopción (Holanda), y otras veces mediante el reconocimiento del menor tras confirmarse la "posesión de estado" (Bélgica) (Quiñones, 2009).

¹¹ En Francia, los contratos de gestación por sustitución son declarados nulos (art. 16-7 del CC) y hay previstas penas de prisión y multas para los posibles intermediarios (art. 227-12 y art. 227-13 del Código Penal).

¹² Aun así, se tiende a imaginar que los países donde se permite la gestación por sustitución son generalmente países más pobres, donde hay grandes desigualdades sociales y económicas, donde hay una cultura donde todo es susceptible de compraventa y en donde la mujer tiene un status legal inferior al hombre, tal y como también afirma el Comité de Bioética de España (2012).

2. El cuestionamiento de su carácter altruista

Una de las principales críticas a la gestación por sustitución es poner en duda el carácter realmente altruista de este acto, aún en los países en los que se admite únicamente esta modalidad de gestación por sustitución.

Se pone en tela de juicio en el momento en el que existe una compensación económica a la gestante, aunque se explique por las molestias e inconvenientes que puedan derivarse del embarazo. La crítica se centra en afirmar que siempre que hay algún tipo de transacción económica, entonces es imposible hablar de un acto verdaderamente altruista. También la existencia de una industria de la fertilidad detrás, que se lucra del altruismo femenino, se convierte en un elemento de sospecha (Gupta, 2006).

Pero estas dudas no se esgrimen ante otros actos altruistas reconocidos por nuestros ordenamientos jurídicos, como la donación de gametos, donde también se permite una compensación económica para los donantes. Existen críticas sobre la pretendida naturaleza de estas donaciones, pero esto no ha impedido su admisión legal (Raposo, 2012, entre otros). En estos casos, la ley incluye algún tipo de control para asegurarse que es verdaderamente una cantidad económica razonable de compensación¹³.

Similares mecanismos de regulación existen en aquellos países europeos donde se ha admitido y legislado sobre la gestación por sustitución. En el Reino Unido por ejemplo¹⁴, es el juez quien al revisar y aprobar la solicitud de *parental order* por parte de los padres comitentes, transferirá la parentalidad del bebé concebido por gestación por sustitución, asegurándose que la compensación económica no es excesiva¹⁵. Si considerara que así lo es y que constituye gestación por sustitución comercial, podría rechazar la solicitud. De hecho diversos estudios demuestran que la compensación media de las gestantes es de unas 10.800 libras (Horsey, 2015).

En Grecia, igualmente se prevé la posibilidad de una compensación razonable, y precisamente se critica que no existan mecanismos de supervisión de que estas compensaciones son realmente ajustadas a lo que la normativa prevé (Horsey y Neofytou, 2015).

Muchas veces se utiliza el argumento de que los actos verdaderamente altruistas sólo pueden darse en el entorno familiar o de amigos muy próximos. Este es el caso, por ejemplo, de la

¹³ Artículo 5.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁴ Artículo 54.8 de la Human Fertilisation and Embryology Act, 2008.

¹⁵ De esta forma se convierte como en una forma rápida de adopción (Horsey y Sheldon, 2012).

donación de órganos inter-vivos en el ordenamiento jurídico español¹⁶. En cambio en la propuesta legal pendiente de discusión parlamentaria, se excluye la posibilidad de que la gestante tenga alguna relación de consanguineidad o afinidad con los padres de intención¹⁷. Esta exclusión está fundamentada en la prohibición del incesto en nuestro sistema legal, y también en coherencia con la regulación en materia de otras técnicas ya admitidas en nuestro ordenamiento jurídico, como la donación de gametos o embriones, imprescindible para el mantenimiento del anonimato de la donación. Igualmente se afirma que esto evitaría situaciones de confusión de filiación para el niño/a que así es concebido¹⁸.

Precisamente en aquellos países en los que la gestación por sustitución altruista está regulada, se contempla la posibilidad de que exista una relación familiar o de amistad entre la gestante y los padres de intención. Es más, se considera que es uno de los supuestos por excelencia de altruismo en el seno de la familia. Se excluyen en todo caso aquellas situaciones en las que la gestante pueda aportar su propio material genético, y esto suponga una combinación genética incestuosa.

3. Problemas sobre la dignidad humana versus el instinto maternal y la teoría del apego

Uno de los principales argumentos que se esgrimen en contra de la gestación por sustitución en aquellos países donde no está admitida, es que su regulación supondría un ataque a la dignidad de las gestantes (Adorno, 1998; Montero, 2015; De Miguel, 2015). En verdad, detrás del argumento de la dignidad, normalmente se encuentra la repulsa moral que causa el hecho de que una mujer pueda entregar voluntariamente al bebé que ha engendrado durante nueve meses.

Esa repulsa moral no se sostiene tanto en el argumento de la dignidad humana, porque si consideramos de manera estricta el principio de que utilizar a las personas como un medio y no como un fin en sí mismo es siempre una vulneración de su dignidad humana, no podríamos admitir la donación de órganos, la donación de gametos, la donación de embriones, la experimentación con embriones humanos, o incluso la donación de médula ósea (Stoll, 2013).

¹⁶ En la donación de órganos inter-vivos, la mayoría de los casos se da en el entorno familiar. El porcentaje de casos del buen samaritano es excepcional, alrededor del 1%, tal y como señala la Organización Nacional de Trasplantes en 2010. En 2015 el 7% de los casos era un amigo (Comité de Bioética de España, 2017).

¹⁷ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 Abril 2017, publicada en el BOCG el 8 de septiembre 2017.

¹⁸ También esta es una de las preocupaciones del Comité de Bioética de España (2017).

El concepto de dignidad humana debe interpretarse también como la libertad de cada persona de tomar aquellas decisiones en relación a sus vida, como consecuencia del respeto al libre desarrollo de la personalidad, y al ejercicio de derechos fundamentales como su libertad, su integridad física y moral, y la autonomía reproductiva en positivo y negativo que de estos derechos se deriva.

Por ello, es más probable que el rechazo que la gestación por sustitución provoca, tiene que ver con la persistencia de la existencia del instinto maternal en el imaginario social, el instinto inherente y natural de toda mujer en su función maternal, que justifica también una inclinación natural hacia los cuidados. A pesar de que han sido numerosas las autoras que han demostrado la inexistencia de este instinto maternal, biológicamente determinado (Beauvoir, 1949; Rich, 1976; Badinter, 1980 entre otras).

También es importante el peso que aún mantiene la teoría del apego, que describe los lazos que se establecen entre la madre y el bebé durante el embarazo, y que luego se mantiene durante los primeros meses, e incluso años de la vida del niño/a. Este vínculo se considera esencial para el bienestar emocional del niño/a (Bowly, 1951; Montero, 2015). Pero lo que no se ha demostrado es que este apego necesite un componente genético o biológico con el bebé. Es suficiente que el niño/a sea cuidado y crezca bajo la guardia de uno o dos adultos, ya sean sus padres biológicos adoptivos, otros familiares, ya sean dos madres o dos padres, o uno sólo (Cáceres et al., 2016). Esenciales en este sentido son las investigaciones empíricas que demuestran que el bienestar emocional de los niños/as que han crecido en una familia por gestación por sustitución es igual o incluso mejor que los niños/as concebidos de manera natural (Van Rijn et al., 2017; Jadvá, 2016; Golombok et al., 2017).

Consecuencia de la persistencia en la creencia del instinto maternal y la teoría del apego genética o biológicamente determinado, en nuestra cultura se presume que una mujer que gesta a un hijo/a para otra persona tiene que ser necesariamente alguien en una situación de especial vulnerabilidad y de explotación (De Miguel, 2016; Gupta, 2006 entre otros). Las razones que las llevan a prestarse a la gestación por sustitución son la motivación de donar vida, la realización de un acto altruista, y también porque la gestación por sustitución añade algo a sus vidas, incluso algunas lo señalan como una fase de desarrollo personal positivo (Ragone, 1994; Van Den Akker, 2003, 2005).

4. El argumento de la explotación de las mujeres

Igualmente se discute en aquellos países en los que no se ha permitido todavía, que admitir la gestación por sustitución implicaría construir a nueva forma de explotación de las mujeres. En seguida aparece en el imaginario colectivo imágenes de burdeles reproductivos de la India o Tailandia, aunque precisamente en estos países se ha legislado recientemente para prohibir la gestación por sustitución comercial, y/o ha limitado el acceso sólo a residentes y nacionales del país¹⁹. En aquellos países en los que la gestación por sustitución altruista se ha permitido y regulado, no hay evidencia empírica de que las gestantes hayan sido explotadas, pertenezcan a clases sociales más desfavorecidas o a grupos de población en situaciones de mayor vulnerabilidad económica o social (Horsey, 2010).

Además se asocia el turismo reproductivo con la posible explotación de mujeres cuando en los países de destino no existen regulaciones que protegen a las partes²⁰. También el turismo reproductivo se considera que crea inseguridad jurídica, ya que los padres comitentes pueden tener problemas legales al regresar a sus países cuando sus ordenamientos jurídicos no reconocen la filiación, aunque irónicamente, una de las razones por las que las personas viajan a según qué países es buscando una mayor seguridad legal.

Igualmente, afirmar que la gestación por sustitución siempre constituye una forma de explotación de las mujeres gestantes, supone poner en duda la capacidad de consentir libremente de las mujeres, en todas aquellas cuestiones que tengan que ver con su reproducción (Horsey, 2010). Negar la posibilidad de que las mujeres libremente consientan en ser gestantes para otros además contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico (Farnós, 2010). Una vez más nuestro derecho respalda el estereotipo de género donde se identifica a las mujeres con la naturaleza y a los hombres con la racionalidad (Cobo, 1995).

¹⁹ India (2015), Tailandia (2016), Nepal y México (2015) han cerrado recientemente sus legislaciones a la gestación por sustitución comercial a ciudadanos extranjeros (Lamm y Rubaja, 2016).

²⁰ El informe del Comité de Bioética de España (2017) pone en duda que la legalización de la gestación altruista en nuestro país acabaría con el turismo reproductivo hacia países donde la gestación por sustitución esté permitida, incluso de manera onerosa. El principal argumento que identifican es que los padres comitentes preferirían siempre una distancia geográfica con la gestante, para evitar contactos en el futuro. Este argumento no está demostrado, es más, incluso suele darse el efecto contrario. Los padres comitentes suelen mantener espontáneamente relación con la gestante (Horsey, 2015). Además en los países que se permite la gestación por sustitución y sigue habiendo parejas que acuden al extranjero, no es esta la principal razón por lo que lo hacen (Horsey y Sheldon, 2012; Horsey, 2015).

5. La gestación por sustitución como una nueva forma de filiación

Muchas veces se argumenta que la gestación por sustitución no puede ser considerada una técnica de reproducción humana asistida, porque no es estrictamente una intervención médica en el cuerpo de la madre gestante. A pesar de ello, en aquellos sistemas legales en los que no se admite de manera explícita, normalmente se incluye en los textos normativos de técnicas de reproducción asistida (como por ejemplo España²¹).

En cambio, en aquellos países en los que se admite la gestación por sustitución de manera altruista, se regula en cuerpos normativos separados de las leyes de técnicas de reproducción humana asistida, como por ejemplo Inglaterra y Gales²² o Portugal²³.

La gestación por sustitución se puede entender como una nueva forma de filiación, como resultado de un acuerdo reproductivo entre los padres comitentes y la gestante. Se trata de un acuerdo reproductivo de carácter colaborativo, que permite crear una familia mediante el ejercicio de un derecho a la reproducción. Dicho derecho a la reproducción en ocasiones está explícitamente reconocido en los ordenamientos jurídicos, como es el caso de la Constitución griega²⁴ (art. 5.1, como un componente esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, incluyendo el derecho a la autonomía y la libre determinación), y otras veces, se entiende derivado de otros derechos fundamentales recogidos en los sistemas legales nacionales, como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física o moral, la libertad o los derechos sexuales y reproductivos²⁵ (Robertson, 1994; Igareda, 2011).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado de manera unívoca sobre la aceptación o no de la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida, ya que ha acuñado la expresión del “margen nacional de apreciación” para admitir la compatibilidad de los variados posicionamientos legales nacionales sobre las técnicas de reproducción humana asistida y los derechos fundamentales recogidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (Van Hoof y Pennings, 2012; Farnós, 2016). Aun así, la admisión de la gestación por sustitución es plenamente coherente con la interpretación que el Tribunal Europeo

²¹ Artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

²² Surrogacy Arrangements Act, 1985.

²³ Lei n.º 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

²⁴ También fuera del contexto europeo, la Constitución sudafricana reconoce el derecho a la reproducción.

²⁵ Y no se trata en ningún caso de un “derecho a la gestación por subrogación” como denomina la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 Abril 2017.

de Derechos Humanos ha hecho en ocasiones, amparado en un derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida, bajo el marco del artículo 8 del derecho al respeto a la vida privada y familiar de la Convención Europea de Derechos Humanos.

6. Potenciales problemas de la gestación por sustitución

Las dudas más importantes que se plantean en este debate son las posibles consecuencias negativas que la admisión de la gestación por sustitución puede tener, para las gestantes, para los niños/as y para la sociedad en su conjunto. A ello ha contribuido el hecho de que los medios de comunicación suelen hacerse eco tan sólo de los casos más polémicos en los que las cosas han ido mal²⁶. Pero se trata de un método cada vez más utilizado por parejas homosexuales y también heterosexuales, y sólo recientemente ha recibido una cobertura mediática más positiva a través de personas famosos que han accedido a la gestación por sustitución (como se explica en el informe sobre gestación por sustitución del Parlamento Europeo, 2013).

Uno de los problemas más recurrentes es la posibilidad de que la gestante se niegue a entregar al bebé una vez nazca (Quiñones, 2009). Aunque la experiencia en los países donde la gestación por sustitución altruista se ha admitido muestra que es una posibilidad que rara vez ocurre, los medios de comunicación han dado siempre una amplia cobertura a estos casos. La solución legal dependerá en su caso de quién se considera madre legal de ese niño/a después del nacimiento. Si se considera la gestante como madre legal hasta que el juez transfiere la maternidad, y para ello necesita el consentimiento libre de la gestante²⁷, en el supuesto que la gestante se negara, ella continuará siendo la madre legal del bebé. Si en cambio, la maternidad ha sido transferida a los padres comitentes tras el nacimiento, como por ejemplo en el caso griego, la gestante no podrá quedarse con el bebé, y los padres legales podrán llevar a cabo todas las acciones legales para recuperar a su hijo/a.

Otra de las preocupaciones que suscita la gestación por sustitución es quién deberá tomar las decisiones respecto a un eventual aborto, o decisiones sobre otros procedimientos invasivos durante el embarazo, como la amniocentesis, la reducción embrionaria, etc. La solución legal a estas eventuales situaciones proviene del tratamiento legal que en ese ordenamiento jurídico se

²⁶ Tuvo un gran impacto en la primera ley española de técnicas de reproducción asistida el caso Baby M (In the matter of Baby M (1988) 537 A 2d 1227, donde la gestante americana Mary-Beth Whitehead huyó con el bebé que había aceptado gestar para una pareja británica adinerada, cruzando varios estados en su huida.

²⁷ Este es el procedimiento establecido en la legislación inglesa.

dé a la mujer embarazada. La gestante conserva sus derechos sexuales y reproductivos fundamentados en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su derecho a la integridad física y moral, que le permite en todo momento ser ella quien adopte libremente estas decisiones. Ni los padres comitentes, ni el contenido de los acuerdos de gestación por sustitución pueden limitar o alterar los derechos fundamentales de la gestante.

También preocupa la posible situación en la que los padres comitentes se niegan a aceptar el bebé que nace mediante la gestación por sustitución, o se separan o divorcian durante el embarazo, o incluso la posibilidad de que uno de ellos fallezca durante el embarazo. De nuevo la respuesta legal viene dada por la consideración de madre o padre legal después del nacimiento en cada sistema legal. En el caso del Reino Unido, si los padres comitentes se niegan a aceptar y cuidar del bebé, y por lo tanto, no solicitan la transferencia de paternidad mediante la *parental order*, será la gestante quien permanezca como madre legal de ese niño/a. En el caso de Grecia, como la madre legal después del nacimiento es la madre comitente, si esta se niega, el bebé pasará en todo caso a la custodia del estado.

Si los padres se separaran o divorcieran durante el embarazo, de acuerdo a la legislación inglesa que exige que sea una pareja quien solicite la *parental order*, nos encontraríamos ante un problema, y el juez debería resolver qué hacer atendiendo al criterio del interés superior del menor.

7. Conclusiones a modo de propuesta

La gestación por sustitución debería ser regulada como una nueva forma de filiación, diferente a la adopción o a la filiación natural. Se debería legislar en un cuerpo normativo diferente a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque su realización implique la aplicación de alguna técnica. Esta ley debería incluir una excepción a la presunción de maternidad determinada por el parto en el Código Civil, similar a la establecida en el ordenamiento jurídico griego²⁸.

Las leyes deberían regular las condiciones para ser gestante (igual que el exigido en la donación de gametos)²⁹, los requisitos para convertirse en padres de intención (de manera similar a las personas que acceden a la adopción)³⁰, así como la autoridad encargada de supervisar las

²⁸ El artículo 1458 del Código Civil griego introduce una excepción a la presunción de maternidad determinada por la gestación y el parto.

²⁹ Estado psicofísico igual que las exigidas por el art. 5.6º de la LTRA.

³⁰ Aplicación analógica de los requisitos establecidos para el caso de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida (art. 6.1.º de la LTRA) y en la adopción (art. 175.1º CC).

condiciones del acuerdo y de reconocer la nueva filiación (que debería ser la combinación de un organismo público que verifique las condiciones de la gestante³¹ y los padres de intención, similar al que existe en el sistema de adopciones, y una autoridad judicial³² que reconozca la nueva filiación).

La gestación por sustitución debería ser un acuerdo reproductivo de carácter colaborativo, por el que una persona, o pareja acuerda con la gestante la gestación de un bebé que será hijo/a de los padres comitentes una vez nazca (Lamm, 2012). No se debería exigir vínculo genético con al menos uno de los padres de intención, tal y como algunas leyes establecen, porque supondría una discriminación difícil de justificar con respecto a otras técnicas de reproducción humana asistida.

El acuerdo reproductivo debería tener carácter altruista, reconociendo la filiación de los padres de intención desde el momento del nacimiento del bebé³³. El consentimiento de las partes deberá prestarse antes de la transferencia del embrión³⁴. Será revocable hasta el nacimiento del bebé.

El carácter altruista no impedirá la posible compensación por gastos razonables derivados del embarazo y parto a la gestante. Será la autoridad encargada de transferir la filiación a los padres de intención quien verifique que la compensación no es una transacción económica. Si fuera necesario, y al igual que algunas leyes estipulan para el caso de la donación de gametos³⁵, la administración pública podrá fijar unas cantidades máximas de compensación³⁶.

El acuerdo en ningún caso podrá limitar los derechos fundamentales de la gestante, que será quien en todo momento pueda tomar aquellas decisiones relativas a la interrupción del embarazo, así como otros procedimientos médicos invasivos que necesiten de su consentimiento. Tampoco

³¹ Como por ejemplo en el Reino Unido, la Cafcass, la agencia responsable de informar al juez si se dan las condiciones establecidas por el artículo 54 de la Human Fertilisation and Embriology Act 2008 para conceder una "parental order".

³² A diferencia de algunas propuestas que consideraban suficiente que fuera ante notario (Vela, 2011). Pero creemos imprescindible la intervención de un juez al suponer una nueva forma de filiación, no solo la constatación de la voluntad de las partes.

³³ Respecto a la constancia del origen biológico del hijo/a, se podrá proceder al igual que el art. 180.5º del CC dispone respecto a los casos de adopción.

³⁴ Al igual que establece la legislación griega sobre gestación por sustitución.

³⁵ Esta cantidad de dinero no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Artículo Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida).

³⁶ La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 Abril 2017 enumera los posibles elementos que integren la "compensación económica resarcitoria" pero no queda especificado si habrá alguna autoridad pública que supervisará estas compensaciones económicas resarcitorias o que establecerá algún máximo legal, tal y como en cambio sucede en el campo de la donación de gametos.

los acuerdos de gestación por sustitución podrán incluir cláusulas relativas a estilos de vida, u otras circunstancias de la gestante contrarias su libertad y libre desarrollo de la personalidad³⁷.

La gestación por sustitución supondrá por tanto, el reconocimiento de una nueva forma de filiación donde primará dotar de consecuencias jurídicas a la voluntad procreacional, independientemente de la existencia o no de vínculo genético o biológico entre los padres de intención y el hijo/a (Horsey, 2012; Lamm, 2012b; Lamm y Rubaja, 2016).

Bibliografía

- ◆ ADORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.
- ◆ BADINTER, E.: *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*. Paris: Flammarion, 1980.
- ◆ BEAUVOIR, S. (Ed.): *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra, 1949, 2001a vol. I, 2001b vol. II.
- ◆ BOWLY, J.: *Maternal Care & Mental Health*. Geneve: OMS, 1951.
- ◆ CÁCERES, I.; LEÓN, E.; MARÍN, C.; ROMÁN, M.; PALACIOS, J.: “Conductas facilitadoras del apego en las interacciones paterno-filiales y función reflexiva parental en familias”, *Apuntes de Psicología*, 34 (2-3), 2016, pp. 311-320.
- ◆ COBO, R.: *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Cátedra, 1995.
- ◆ DE MIGUEL, A.: *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015.
- ◆ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 19 Mayo 2017, disponible en:
http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.
- ◆ EUROPEAN PARLIAMENT: *A Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Brussels: European Union, 2013.

³⁷ Tal y como establece explícitamente la legislación griega sobre gestación por sustitución que no se permiten ningún tipo de cláusulas que limiten la libertad de la gestante durante el embarazo (art. 179 Código Civil griego), por ejemplo sobre su estilo de vida, alimentación o sobre los derechos de interrupción voluntaria del embarazo contenidos en el ordenamiento jurídico griego.

- ◆ FARNÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2010, pp. 1-25.
- ◆ _____ “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, 36, 2016, pp. 93-111.
- ◆ FERRARETTI, A.P.; PENNINGS, G.; GIANAROLI, L.; NATALI, F.; MAGLI, M.C.: “Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies”, *Reproductive Biomedicine Online* (2010) 20, pp. 261-266.
- ◆ FUNDACIÓN EOI: *Turismo de salud en España*, Madrid: Escuela de Organización Industrial, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 2013.
- ◆ GOLOMBOK, S.; ILLIOI, E.; BLAKE, L.; ROMAN, G.; JADVA, V.: “A Longitudinal Study of Families Formed Through Reproductive Donation: Parent-Adolescent Relationships and Adolescent Adjustment at Age 14”, *Developmental Psychology*, Vol. 53, No. 10, 2017, pp. 1966 –1977.
- ◆ GUPTA, J.: “Towards Transnational Feminism”, *European Journal of Women’s Studies*, vol. 13 (1), 2006, pp. 23-38.
- ◆ HORSEY, K.: “Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol 22, No 4, 2010, pp. 449, 474.
- ◆ _____ *Surrogacy in the UK: Myth busting and reform. Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, London: Surrogacy UK, 2015.
- ◆ _____ “Fraying at the edges – Uk Surrogacy Law in 2015”, “Medical Law Review”, Volume 24, Issue 4, 1 November 2016, pp. 608–621.
- ◆ HORSEY, K.; SHELDON, S.: “Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy”, *Medical Law Review*, Winter 2012, pp. 67-89.
- ◆ HORSEY, K.; NEOFYTOU, K.: “The fertility treatment time forgot: What should be done about surrogacy in the UK?” en HORSEY, K. (edited): *Revisiting the regulation of Human Fertilisation and Embryology*, Oxon: Routledge, 2015, pp. 117-135.
- ◆ IGAREDA, N.: “El hipotético derecho a la reproducción”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, pp. 252-271.
- ◆ JADVA, V.: “Surrogates and intended parents in the UK”, *Journal of Medical Law and Ethics*, 4 (3), 2016, pp. 215-227.

- ◆ LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 1-49.
- ◆ _____ "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012b, pp. 76-91
- ◆ _____ *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i edicions, 2013.
- ◆ LAMM, E.; RUBAJA, N.: "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista Bioética y Derecho*, 37, 2016, pp. 149-170.
- ◆ MONTERO, E.: "La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 223-236.
- ◆ PENNING, G.: "International parenthood via procreative tourism" in SHENFIELD, F. & SUREAU, C. (Eds.): *Contemporary ethical dilemmas in assisted reproduction*, Abingdon, Oxon: Informa Health Care, 2006, pp. 43-56.
- ◆ PENNING, G.; DE WERT, G.; SHENFIELD, F.; COHEN, J.; TARLATZIS, B.; DEVROEY, P.: "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care", *Human Reproduction* Vol. 23, nº 10, 2008, pp. 2182-2184.
- ◆ QUIÑONES, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, pp. 1-25.
- ◆ RAGONE, H.: *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Boulder: Westview Press, 1994.
- ◆ RAPOSO, V.L.: "Contrato de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 37, 2012, pp. 93-122.
- ◆ RICH, A.: *Of Woman Born*. London: Virago, 1976.
- ◆ ROBERTSON, J.A.: *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- ◆ STOLL, J.: *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood. Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala: Uppsala University Publications, 2013.
- ◆ VAN DEN AKKER, O.: "A longitudinal pre pregnancy to post-delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: confidence and gynecology", *J Psychosom Gynecol.*, 26, 2005, pp. 277-284.

- ◆ _____ "Genetic and gestacional surrogate mothers' experience of surrogacy", *Journal Reproductive Inf Psychol*, 21, 2003, pp145-161.
- ◆ VAN HOOFF, W.; PENNINGS, G.: "The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgements", *Reproductive Biomedicine Online*, 25, 2012, pp. 665-669.
- ◆ Van Rijn-Van Gelderen, L.; Bos, H.; Jorgensen, T.D.; Ellis-Davis, R.; Winstanley, A.; Golombok, S.; Rubio, B.; Gross, M.; Vecho, O.; Lamb, M.E.: "Wellbeing of gay fathers with children born through surrogacy: A comparison with lesbian-mother families and heterosexual IVF parent families". *Human Reproduction*, 2018 Jan 1;33(1):101-108.
- ◆ VELA, A.J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *Diario La Ley*, nº 7621, Sección Doctrina, 3 mayo 2011.

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 11 de julio de 2018